



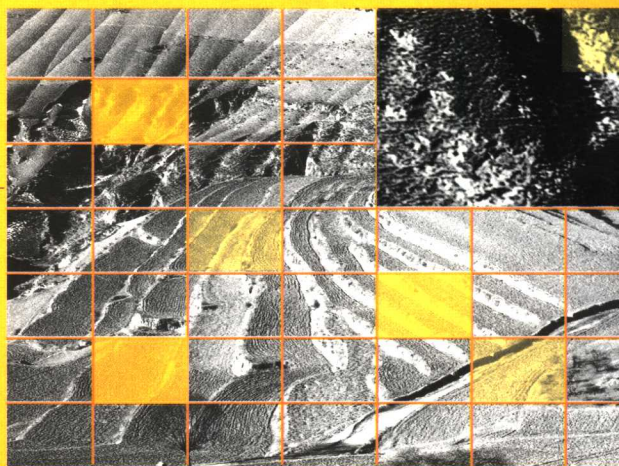
建筑房地产法实务指导丛书 ⑫

《国有土地使用权合同司法解释》操作指南

国有土地使用权纠纷处理与预防

张庆华 · 著

- ★ 解读《国有土地使用权合同司法解释》之**全新读本**
- ★ 有效防范土地开发过程中法律风险之**操作指南**
- ★ 资深律师多年经验总结土地使用权取得之**全面解决方案**
- ★ 解析土地使用权纠纷疑难法律问题之**典型案例**



附赠价值38元光盘
下载打印即可使用



法律出版社
LAW PRESS CHINA



建筑房地产法实务指导丛书 ⑫

《国有土地使用权合同司法解释》操作指南 国有土地使用权纠纷处理与预防

张庆华 · 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

《国有土地使用权合同司法解释》操作指南:国有土地
使用权纠纷处理与预防/张庆华著. —北京:法律出
版社,2005. 11

ISBN 7-5036-5927-0

I. 国… II. 张… III. 国有土地—土地使用权—
合同—经济纠纷—法律解释—中国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 125966 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/周瑾 张琳

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法规与大众读物出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/26.25 字数/486 千

版本/2006 年 1 月第 1 版

印次/2006 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5927-0/D·5644

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



作者简介

张庆华 中国政法大学法学硕士。

自1990年起从事律师工作，于1995年3月与他人合作创办以建筑房地产法律事务为主的专业律师事务所——山东北极星律师事务所并任该所主任。现为中华全国律师协会民商业务委员会委员兼建筑房地产论坛副主任，青岛大学法学院兼职副教授，青岛市律师协会常务理事。曾先后当选青岛市十佳青年律师、青岛市优秀律师、青岛市律师专业拔尖人才（房地产专业）。出版有个人专著《中国土地法操作实务》、《制胜房地产》等书。至今已在各种刊物上发表论文100多篇。

建筑房地产法实务指导丛书

- ① 《房地产项目公司的法律问题》
朱征夫 著
- ② 《房地产开发经营中的合同问题》
朱征夫 著
- ③ 《中国土地法操作实务》
张庆华 著
- ④ 《房屋拆迁实务》
王才亮 著
- ⑤ 《房屋拆迁纠纷焦点释疑》（第3版）
王才亮 著
- ⑥ 《建筑工程法律实务》
朱树英 著
- ⑦ 《房地产开发法律实务》
朱树英 著
- ⑧ 《房地产交易的法律问题
——如何防范房地产买卖中的风险》
陈文 主编
- ⑨ 《房屋拆迁疑难问题解答》
王才亮 著
- ⑩ 《建设工程施工合同司法解释》操作指南
——建筑商之孙子兵法
林镛海 著
- ⑪ 《中国城市建设与管理法律实务》
——依法治市指南
王才亮 著
- ⑫ 《国有土地使用权合同司法解释》操作指南
——国有土地使用权纠纷处理与预防
张庆华 著

前言

从20世纪80年代末90年代初开始,随着我国市场经济体系的建立和发展,我国的土地制度也在悄然发生着变化。1988年4月,全国人大对《宪法》进行了修改,在删除土地不得出租规定的同时,增加了“土地使用权可以依照法律的规定转让”的内容。1990年5月,国务院发布了《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,首次以立法的形式确立了国有土地使用权的有偿、有期限使用制度,从而改变了长时间以来人们已经习以为常的国有土地无偿使用方式。人们似乎在一夜之间忽然意识到,土地原来也是一种具有重大价值的社会财富。伴随着我国土地有偿使用制度的建立,特别是土地交易的有条件解禁和人们土地财富意识的觉醒,我们迎来了我国历史上从20世纪90年代初开始的第一次房地产开发热。不能否认,这一次房地产热促进了我国房地产市场的建立,而且在客观上也推动了我国已进行了多年但却进展缓慢的住房制度改革。土地和住房的商品化观念开始形成。但与此同时,由于立法上的不成熟、制度上的缺陷、交易规则的不严密,这次房地产开发热更多地表现为土地市场的恶性投机行为,房地产炒买炒卖成风,土地交易环节的暗箱操作、无序转让使我国许多城市出现了一定程度的房地产泡沫现象:房价虚高,囤积土地,大片的土地闲置,烂尾楼随处可见,房地产交易纠纷骤增……这次房地产热持续不到三年便开始降温并跌入低谷。

此后,我国有关土地和房产的立法建设也开始进入一个新的阶段。1994

年7月,在对我国第一次房地产开发热进行认真总结和反思的基础上,全国人大常委会制定了《中华人民共和国城市房地产管理法》。1998年7月,全国人大常委会对《中华人民共和国土地管理法》进行了第二次重大修正,通过了新的土地管理法。国家有关部委和许多地方人民政府也出台了一些有关房地产方面的行政规章和地方性法规,最高人民法院也公布了相关的司法解释。在此期间,房地产市场在经历了五六年的低谷徘徊之后也逐步复苏,并迎来了持续至今的新一轮房地产热。与上一轮房地产开发热相比,此轮房地产开发热虽然多了些理性,房地产市场也比以前成熟了许多,但随着时间的推移,人们发现,许多旧的问题尚未彻底解决,一些深层次的问题又显现出来:两种土地产权制度的冲突,对集体土地所有权和农民利益保护不利,滥征土地、乱设开发区,政府行政行为失范,一级土地市场和二、三级土地市场的价格剪刀差不断扩大,土地转让的限制性规定形同虚设,土地市场的投机行为有增无减,房地产价格的暴发式持续上涨,利益冲突加剧,房地产方面的各种纠纷和诉讼也大幅度上升。这些问题的出现不仅阻碍了房地产市场本身的持续、健康发展,对于整个国民经济的发展以及和谐社会的建设也产生了消极影响。

从2002年开始,国家开展了一场以清理整顿各类开发区、园区,取消经营性土地的协议出让方式,严格规范用地审批为重点的声势浩大的土地市场清理整顿工作,并为此出台了一系列行政规章和政策性规定。正是在这一大背景之下,最高人民法院经过两年多的调研、论证,于2005年6月18日公布了《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《解释》),并于同年8月1日起施行。《解释》的出台其直接目的是为了解决和处理国有土地使用权一、二级市场中的各类纠纷和诉讼,同时也是为了配合国务院部署开展的土地市场清理整顿工作,从而进一步规范房地产开发市场以及各种交易行为。

了解《解释》的出台背景和目的,对于我们理解、掌握和运用《解释》的规定至关重要。从《解释》的条文本身来看,内容不多,仅28条,语言表述也简明扼要,容易理解。但《解释》所涉及的内容却是近些年来经常争论不休、众说纷纭,并使司法实务工作者困惑不已的难题。比如土地使用权出让行为的性质,协议出让合同的效力,土地使用权转让限制性条件的立法意义,划拨土地使用权转让合同的效力,合作开发房地产行为的性质及效力,一地多转合同的处理,名实不符合同的性质及效力认定等,不仅理论界的争论极大,而且同样的纠纷,不同的法院也常常作出大相径庭的判决。《解释》的出台,在司法的层面使一些长期争论的问题暂时有了定论,同时也为各级人民法院审理涉及国有土地使用权纠纷案件提供了统一的法律适用依据。

但是,争论是不会就此停止的。对于《解释》本身的一些内容,不同的人从不同的角度也会得出不同的结论。法律问题不会像数学问题一样,常常有惟一正确的标准答案。对于同一法律条文的理解往往由于个人知识结构、认识水平、价值观念和生活经验等的不同而得出不同的结论。法律适用的过程也是法律实务工作者创造性劳动的过程,其最终的答案无不带有人的主观认识烙印。所以我们没有必要强求人们认识 and 理解的统一,重要的是我们应当找出正确的认识标准和认识方法,才能使我们的认识尽可能地接近真理。

我国的土地制度可谓目前世界上独一无二的法律制度,且内容和体系浩繁、复杂。如果我们对于土地方面的法律规定采用管中窥豹的方法加以分析和理解,而不对法律的立法背景和立法目的以及各种规定之间的相互关系加以综合考虑,得出的结论有时往往会谬之千里。因此对于有关土地方面的立法性规定和相关的司法解释,我们应该更多地从宏观上加以理解和把握。对于《解释》的理解和分析也是如此,如果仅从字面上作定义性解释,可能既不准确,也缺乏实际意义。笔者在本书中没有对《解释》作名词解释似的简单的注释,而是将《解释》置于我国整个土地法律体系的大背景之下,紧紧围绕相关法律规定,并结合基本的法学理论对《解释》进行系统的解读和思考。其中既有对《解释》条文正当性、合理性的评述,也有对如何运用具体条文处理案件及在运用过程中可能出现的问题的分析意见,并且突出强调了在运用过程中与我国基本土地法律制度的相互结合和统一。

应当指出的是,《解释》的主要内容均涉及物权法和债权法中最难以解决和处理的不动产及其买卖交易两大难题,有些内容也是目前我国正在公开征求意见的《物权法》(草案)中已有所涉及并且在理论界和实务界引发广泛争论的问题。虽然最高人民法院出台《解释》后,在司法层面对有些问题暂时有了定论,但我们不能指望一个司法解释就能一劳永逸地解决所有争论。何况《解释》本身的合理性、科学性和正当性也有待于实践的检验。因此,我们在正确理解和运用《解释》的规定处理案件和进行房地产开发实务操作的同时,继续对《解释》所涉及的理论和实践问题展开讨论是有益的。这样的讨论既能使我们更加准确地理解《解释》的具体规定,同时也能更好地促进我国的立法建设和法治文明,这也是本书的写作初衷之一。

本书内容既有笔者对于《解释》的解读和分析意见,同时也附录了笔者办理非诉讼房地产法律事务的相关法律文书以及笔者近期代理的土地纠纷案例和最高人民法院公布的相关案例,对这些案例的成败得失以及判决的正确与否也进行了较详细的评析。相信本书的出版既能为法律工作者准确掌握和运用《解释》的规定处理相关业务提供一些有益的借鉴和参考,同时对于涉身房

地产开发领域的当事人规范开发行为,有效地预防纠纷和解决纠纷也会有所帮助。但由于笔者才疏学浅,且成书时间仓促,特别是看问题的角度不同,书中观点难免有谬误之处。笔者真诚地希望读者能予以批评指正,并欢迎来函来电对共同感兴趣的问题进行更深入的讨论。

作者单位:山东北极之星律师事务所

地址:山东省青岛市高雄路18号海洋大厦六层

办公电话:0532—85879739、0532—85874422

传真:0532—85923216

E-mail:bjzx_1995@yahoo.com.cn

作者:张庆华

2006年1月10日于青岛

目 录

前 言	(1)
第一章 《司法解释》的适用范围及实施	(1)
一、关于该《司法解释》的适用范围及实施	(3)
二、《司法解释》的施行时间及溯及力	(3)
(一)《司法解释》的溯及力问题	(3)
(二)与以前有关司法解释的冲突问题	(5)
第二章 国有土地使用权出让合同的纠纷处理与预防	(7)
一、关于国有土地使用权出让合同的性质	(9)
(一)《司法解释》对土地使用权出让合同的基本定义	(9)
(二)对土地使用权出让合同性质的几种不同观点	(9)
二、国有土地使用权出让合同的效力问题	(11)
(一)土地使用权出让合同的无效情形	(11)
(二)由谁行使确认合同无效的请求权	(16)
(三)出让合同无效或部分无效的过错责任由谁承担	(17)
三、国有土地使用权出让合同的变更和解除	(19)
(一)土地使用权出让合同的变更	(19)
(二)土地使用权出让合同的解除	(19)
四、土地使用权出让合同常见纠纷与预防	(28)
(一)土地使用权出让合同常见纠纷的主要表现形式	(28)
(二)土地使用权出让合同的纠纷预防方法	(34)
第三章 国有土地使用权转让合同的纠纷处理与预防	(43)
一、国有土地使用权转让合同的概念	(45)
(一)转让合同概念的变化	(45)
(二)土地使用权转让概念的变化所产生的影响	(46)
二、国有土地使用权转让合同的效力认定及履行	(47)
(一)认定国有土地使用权转让合同效力的原则	(47)

(二)如何看待土地使用权转让的法定条件及审批登记	(47)
(三)土地使用权转让合同履行中的“一地多转”问题	(55)
(四)“一地多转”的赔偿问题	(57)
三、划拨土地使用权转让合同的效力认定及性质转化	(58)
(一)划拨土地使用权转让合同的效力认定	(58)
(二)划拨土地使用权转让合同的性质转化	(62)
四、土地使用权转让合同常见纠纷与预防	(67)
(一)土地使用权转让合同常见纠纷的主要表现形式	(67)
(二)土地使用权转让合同的纠纷预防方法	(73)

第四章 合作开发房地产合同的纠纷处理与预防

一、合作开发房地产合同的概念及其法律特征	(83)
(一)合作开发房地产合同的概念	(83)
(二)合作开发房地产合同的主要法律特征	(83)
二、合作开发房地产的资质条件	(86)
(一)合作方资质条件对合同效力的影响	(86)
(二)合作开发房地产的当事人均不具有开发经营资质的合同效力 补正	(87)
三、以划拨土地使用权作为投资合作开发房地产合同的效力认定	(89)
(一)划拨土地不能作为投资与他人合作开发房地产	(89)
(二)未经批准以划拨土地使用权进行合作开发房地产合同的效力 补正	(90)
(三)是否取得土地使用权证和政府批准对合作开发房地产合同效 力的影响	(93)
四、合作开发房地产合同实际履行中的法律问题及处理	(95)
(一)投资额变化引发争议的处理	(95)
(二)房屋建筑面积减少引发争议的处理	(97)
(三)对违法建筑产生的利益法律不予保护	(99)
(四)房屋实际建筑面积超出规划建筑面积部分的分配及增加投资 额的承担方法	(106)
(五)违反规划开发建设的房屋被政府主管部门责令拆除后的损失 责任承担	(110)
(六)当事人未按约定足额出资时的利润分配比例如何确定	(112)
(七)当事人可否将预售房款充抵投资参与利润分配	(115)
(八)合作开发房地产合同名实不符时的处理原则	(119)

五、合作开发房地产合同常见纠纷与预防	(134)
(一)合作开发房地产合同的常见纠纷	(134)
(二)合作开发房地产合同的纠纷预防方法	(140)
第五章 典型案例解析	(147)
案例一 万顺公司诉永新公司等合作开发协议纠纷案	(149)
案例二 青岛市城阳区金源塑料制品厂诉青岛市城阳区人民政府、青 岛市城阳区国土资源局撤销国有土地使用证及土地征用具体 行政行为诉讼案	(165)
案例三 青岛401医院诉青岛顺安房地产开发有限公司及李松群合作 建房纠纷上诉案	(178)
案例四 青岛某指挥部诉青岛某咨询公司、青岛某物业发展公司土地 使用权出让金拖欠纠纷案	(195)
案例五 青岛湛山疗养院诉青岛亚建实业有限公司土地使用权转让费 纠纷案	(200)
案例六 青岛经济技术开发区管理委员会、青岛经济技术开发区规划 土地局与青岛达华房地产开发有限公司土地使用权出让合同 纠纷上诉案	(206)
案例七 辽宁盛大房地产开发公司与辽宁省交通房地产开发公司联合 开发合同纠纷上诉案	(211)
案例八 鞍山房屋建设开发股份有限公司、大连市地产开发总公司诉 大连国发企业集团侵权纠纷案	(214)
案例九 海南省南江机械厂诉通什市人民政府、通什市计划经济委员 会及通什市大江南水泥厂损害赔偿纠纷案	(218)
第六章 常用合同范本及相关法律意见书	(223)
一、土地使用权出让合同文本	(225)
二、土地使用权转让合同文本	(232)
(一)国有土地使用权转让合同——适用于出让地的转让	(232)
(二)国有土地使用权及房产转让合同——适用于划拨地的转让	(234)
三、合作开发房地产合同文本	(237)
(一)参建合同	(237)
(二)联建合同	(241)
(三)1. 项目合作开发协议书(适用于包括联合竞买土地的 合作开发)	(248)
2. 项目合作开发协议书(一般性合作项目)	(258)

3. 合作建房合同(适用于以军用土地使用权为合作条件的合作开发)	(260)
4. 房屋代建协议	(262)
四、法律意见书	(263)
(一) 关于建设项目转让的法律意见书	(263)
(二) 对房地产开发中“烂尾工程”处理的法律意见书	(265)
 附录一 国有土地使用权的取得全程法律详解	(273)
一、流程简介	(275)
二、国有土地使用权的综合管理	(277)
三、国有土地使用权的招标出让	(288)
四、国有土地使用权的拍卖出让	(294)
五、国有土地使用权的挂牌出让	(300)
六、国有土地使用权的协议出让	(306)
七、国有土地使用权的划拨	(311)
八、国有土地使用权的转让、变更及租赁	(318)
九、集体土地的征收	(325)
十、土地权属登记	(331)
十一、闲置土地的管理	(338)
 附录二 常用法律法规及司法解释	(343)
1. 最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释	(345)
2. 中华人民共和国土地管理法	(347)
3. 中华人民共和国土地管理法实施条例	(358)
4. 中华人民共和国城市房地产管理法	(365)
5. 中华人民共和国招标投标法	(371)
6. 中华人民共和国城市规划法	(378)
7. 中华人民共和国建筑法	(382)
8. 城市房地产开发经营管理条例	(390)
9. 中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例	(394)
10. 招标投标挂牌出让国有土地使用权规定	(398)
11. 国务院关于深化改革严格土地管理的决定	(401)
12. 国务院发出关于加强国有土地资产管理的通知	(406)

第一章

《司法解释》的适用范围及实施

关于该《司法解释》的适用范围及实施
《司法解释》的施行时间及溯及力

一、关于该《司法解释》的适用范围及实施

此次最高人民法院出台的司法解释,其适用范围较窄,只限于涉及国有土地使用权的合同纠纷案件,而涉及集体土地所有权和使用权纠纷案件则不在该《司法解释》的调整范围之内。实际上,该《司法解释》仅仅适用于与房地产开发直接相关的国有土地的一级市场和二级市场,即国有土地使用权的出让(划拨)、转让和以土地使用权作为投资条件的合作开发领域。

按照我国《土地管理法》和《城市房地产管理法》等有关法律、法规的规定,房地产开发是指在依法取得的国有土地使用权的土地上进行基础设施、房屋建设的行为。而城市规划区内的集体所有的土地,必须依法征用转为国有土地后,该幅土地的使用权方可有偿出让。同时法律还规定,任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法使用国有土地。农民集体所有的土地不得出让、转让或者出租用于非农建设。因此,房地产开发用地只能使用国有建设用地,不能使用国有农用地或集体土地。最近十余年里,人民法院受理的房地产开发合同纠纷案件,矛盾比较突出、争论较大而且比较多见的就是国有建设用地的一级市场和二级市场中的合同纠纷案件。

但是,随着我国房地产业的发展 and 城市化进程的加快,对农村集体土地的征用范围和规模也在逐年扩大,因农村集体土地的征用以及农村集体土地使用权的流转引发的纠纷案件也逐年递增。因农地征用、农地流转而引发的集体上访等群体事件,在信访案件中占有相当大的比重,成为影响社会稳定重要诱因。同时理论界和实务界围绕土地征用、征收的法律问题展开的讨论也很热烈。因集体土地征用而产生纠纷的立案标准问题、主体客体的确认问题、诉权问题、土地征用补偿合同的效力问题、损失赔偿问题、合同性质问题以及相关的诉讼程序等实务问题,在司法实践中引发的争论更大、更难以把握。因此,也非常需要从立法的角度作出解释和规定。当然,这些问题既复杂又敏感,恐怕单纯的司法解释也难以从根本上解决。好在这其中的有些问题在我国正在制定的《物权法》中已有所涉及,《土地管理法》的修订也正在进行当中。今后结合相关的司法解释,相信这些问题迟早会得到解决。

二、《司法解释》的施行时间及溯及力

(一)《司法解释》的溯及力问题

《司法解释》第28条规定:“本解释自2005年8月1日起施行;施行后受理的第一审案件适用本解释。”

按照规定,《司法解释》的生效时间为2005年8月1日,即从2005年6月18

日公布后不到一个半月的时间该《司法解释》就开始施行。然而在规定如此之短的“生效准备期”的同时,却在事实上赋予了《司法解释》具有溯及既往的法律效力。即按照《司法解释》第28条的规定,如果在2005年8月1日以后所受理的第一审案件,其案件当事人之间涉及国有土地使用权的合同行为发生在8月1日之前,也应当按照《司法解释》的规定加以审理。

“法不溯及既往”是现代立法、特别是制定实体法规范的基本原则。因为法律是具有普遍约束力的行为规范,是人们行为的基本准则。人们不可能按照尚未制定或已经制定还未生效的法律来规范和调整自己的行为。因此,一部法律颁布实施后,对于其颁布施行之前人们行为的判断不得适用新法,而只能沿用旧法。这一原则的出发点在于维护法的稳定性和可预期性。因为人们在做出某种行为时,只能依据当时现有的法律作为标准来判断自己行为的正当性和合法性,并以此决定自己如何作为或不作为。我们不能要求人们在行为时对将来可能颁布实施的法律有预见性,并用未来的法律指导和约束人们的行为。这既违反逻辑,也欠缺公正。《中华人民共和国立法法》第84条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”《司法解释》第28条规定:“本解释自2005年8月1日起施行;施行后受理的第一审案件适用本解释。”这一规定虽然对于《司法解释》施行前已经受理但尚未审结的一、二审案件或已经终审提起再审的案件不具有溯及力,即对这些案件的审理不适用《司法解释》的规定。但是解释施行后受理的第一审案件,其案件所涉法律关系的设立,即当事人的行为有可能发生在《司法解释》施行之前。如果对这些发生在《司法解释》施行之前的行为按照《司法解释》的规定进行审理,即表明《司法解释》对这些行为具有溯及力。笔者认为这样的规定有违立法原则。有人认为,司法解释是对现有的、已经生效的法律如何具体适用进行的解释,因此司法解释的适用应当与所解释的法律施行时间相一致。因此对于司法解释施行后受理的案件适用新解释,不应当认为是溯及既往的表现。我们知道,由我国最高人民法院制定的司法解释一直具有准立法的性质,它在一定程度上已经起着补充立法空白,甚至创设新规则的作用。因此,是否适用新的司法解释,往往会使人们的行为性质发生改变,甚至直接影响人们行为的正当性和合法性的评价标准,也直接影响着人们行为的结果和利益得失。对于司法解释生效之前发生的行为,在司法解释生效之后起诉到人民法院的,适用不同的解释可能会产生截然不同的结果。比如《司法解释》施行前,以开发区管理委员会的名义签订的土地使用权出让合同,并不一定按无效处理。但《司法解释》施行后,如果在起诉前尚未经市、县人民政府土地管理部门追认的,就可认定出让合同无效。这样的规定已经对人们的行为产生了影响,一些在《司法解释》施行前以开发区管理委员会签订的土地使用权出让合同,由于当时地价偏低,而解除合同又无正当理由,现在《司